

REFLEXÕES SOBRE A LIVRE INICIATIVA COMO UM DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ruy de Jesus Marçal Carneiro
Doutor em Direito Constitucional do
Professor do Programa de Mestrado em Direito da
Universidade de Marília - UNIMAR

No pórtico do Texto Constitucional brasileiro de 1988 é inaugurada uma nova realidade no País. Ali, aparece um importante registro: o Título I, que informa a maneira pela qual os novos tempos políticos deveriam imperar junto à nacionalidade brasileira. O registro refere-se à prescrição: “Dos Princípios Fundamentais”, que deveriam ser observados de ali em diante na sociedade que foi marcada, por mais de duas décadas, pelo arbítrio, pela ignorância e pelo desrespeito à dignidade da pessoa humana e à brasilidade de uma forma geral.

Em razão disto, por certo, é que o legislador **constituente** (ou **instituinte**?) entendeu de, após os tempos vividos de tamanho obscurantismo, moldar uma nova realidade para que todos, indistintamente, pudessem trabalhar e usufruir da vida nacional, sem qualquer constrangimento ou dificuldade pela sua forma de pensar, de agir, de criar e de trabalhar nos seus ofícios e nas suas idéias e criações.

A propósito das expressões cunhadas no parágrafo anterior: **constituente** e **instituinte**, para que se as conheçam na inteireza dos seus conteúdos semânticos, embora não seja o objetivo do presente ensaio, uma boa indagação a se fazer é saber-se o que elas representam e se o chamado legislador inaugural é **constituente** ou **instituinte** e do quê o é. Antes que se avance para o desenvolvimento da reflexão que é o objetivo do presente trabalho, é importante que se façam algumas observações, para a clareza do pensamento do que aqui restará colocado; nesta esteira, como se viu anteriormente existem duas expressões destacadas – **constituente** e **instituinte** - e das quais adiante se tratará, embora, fundamentalmente, não tenham incidência direta com o tema em exposição, como já dito.

Num primeiro momento, tais registros poderão confundir o leitor sobre a linha de pensamento que se quer adotar, mas, pensa-se que com os esclarecimentos que se seguirão abrir-se-ão novas clareiras para que se reflita sobre as expressões adotadas pela doutrina

constitucional tradicional, cujas significações podem vir a suscitar no espírito dos seus estudiosos as mais variadas interpretações. Por outro pólo, ainda nessa linha, é importante que se busquem atacar paradigmas que se enquistam no âmbito do estudo do direito constitucional, em conquista, sempre, de novos caminhos interpretativos. Assim, pois, far-se-á, a seguir.

Comuníssimo na doutrina tradicional a utilização das expressões: “**poder constituinte originário**” e “**poder constituinte derivado**”, para dar conta e explicitar que aquele é o primeiro momento da vida da criação e materialização do texto de uma Constituição: 1º) quando ela aparece pela vontade popular; na oportunidade em que os representantes de uma sociedade reúnem-se em Assembléia Nacional Constituinte, para ditar novos caminhos para os seus destinos; 2º) o outro momento, dizem muitos, é a ocasião em que a Constituição merece ser reformada, por emendas ao Texto original, ou por via de Revisão, por meio dos mesmos parlamentares escolhidos e eleitos por essa mesma comunidade, cuja competência é exercitada, primacialmente, conforme moldes contidos e explicitados no mesmo Texto, para tecer a legislação infraconstitucional; são, como se sabe, os chamados “**legisladores ordinários**”. Este é o tratamento que se dá no âmbito da doutrina já referida.

Entretanto, e de pronto, e num rápido parêntesis, ataquem-se estas duas expressões: “**poder constituinte originário**” e “**poder constituinte derivado**”. À primeira delas uma pergunta muito simples: se é o que se quer denominar de “**poder constituinte originário**”, em sendo constituinte, já não o é “**originário**”? Não seria, pois, uma redundância perfeitamente dispensável? Quanto à expressão “**constituinte**”, os registros anteriores já deixaram claro a dúvida quanto a esta denominação que se aplica. À segunda expressão, “**poder constituinte derivado**”, também de forma muito clara, uma outra pergunta: “**derivado**” do quê? Ora, como se sabe, o legislador que reforma o Texto Constitucional, seja por meio de Emendas constitucionais e/ou de revisão, é o mesmo legislador que apresenta, discute e vota projetos de leis complementares, ordinárias, delegadas e de conversão para medidas provisórias etc.; o processo legislativo disciplinado pelo Art. 59 da Constituição Federal demonstra com clareza esta interpretação. Em outras palavras, como já afirmado anteriormente, o legislador de que se trata é o mesmo parlamentar, que tem competência para o exercício do processo legislativo de que cuida o dispositivo retro apontado. Para confirmar o registro, veja-se o que disciplina a referida dicção constitucional; por conseguinte, o

legislador é um só, porém com uma gama de competência legiferante, tal como se vê em seguida:

“Art. 59 - O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções”.

Embora a linha deste trabalho enverede para uma outra reflexão, mesmo assim, pensa-se que seria de bom alvitre especular nesta frente que se levanta para, como já dito, enfrentar alguns modelos e paradigmas, buscando-se evitar que os mesmos, como já se afirmou, se enquistem e para que se permita que outras linhas de pensamento sejam oferecidas para a busca do debate em torno do referido tema. Por certo todos hão de entender a necessidade de que se ataquem certos paradigmas que vão, ao longo do tempo, fossilizando-se e ditando cátedra.

Agora, então, numa investigação de conteúdo científico, deve-se saber o que vem antes: o **Estado**, ou a sua **Constituição**, enquanto legislação normativa, que o regulamenta, que o organiza juridicamente. A resposta é muito simples, pois, de início, o que se quer é a **instituição** (a criação) de um Estado, tanto no seu aspecto político quanto sociológico. Por conseguinte, não se pode regulamentar o que ainda não existe; por consequência, o Estado, enquanto Nação jurídica e politicamente organizada antecede o seu Texto Constitucional; nascendo este para disciplinar e refrear, nos seus excessos, a força desse mesmo Estado, para que não se torne autoritário, tampouco morada do autoritarismo e da barbárie, exaltando, ainda, os direitos e as garantias fundamentais dos membros dessa mesma sociedade.

Veja-se, no ponto, o que registra o Preâmbulo da Constituição Federal brasileira, no tocante ao nascimento (a criação) do Estado deste País: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para **instituir** um Estado Democrático...” (destacou-se). Logo, o que se fez, por primeiro, foi **instituir**, criar a figura do Estado, que se quis Democrático e de Direito. Como se observa, há dois componentes distintos e, por via de consequência, de significações diferentes, posto que a expressão **instituir**, no sentido de criar, é diferente de **constituir**, na significação de organizar o que fora

criado e instituído. Por conta disto, resta explicitar, ainda, a presente indagação: poder Constituinte ou poder Instituinte? A segunda das expressões apontadas, neste aspecto significativo, aparenta ser a mais aplicável à espécie aludida. Fica, entretanto, o registro para reflexão dos estudiosos, a partir da presente lembrança.

Pois bem, de volta ao tema de que se quer tratar, assim que o referido legislador inaugural principiou por dar notícia das razões pelas quais o novo Estado a ser instituído era aquele ansiado pela população brasileira, mostrou, igualmente, as cores das novas tintas que o recobririam, bem assim de que forma este mesmo Estado estava a ser criado e qual seria o seu relacionamento com todas as pessoas que nele residiam.

Nesta linha de raciocínio, num primeiro momento era mister que se apontasse o norte, o ponto de partida e os objetivos desse novo Estado, que se veriam corporificados num texto escrito – a Constituição da República. Assim, pois, não poderia ser de outra forma, senão, por meio da figura dos seus **sobreprincípios** e **princípios** mostrarem as escolhas havidas pelo legislador constituinte no âmbito de tal trilha. Andou muito bem este legislador, agora, sim, com as prerrogativas de legar à sociedade um texto escrito, buscando objetivar uma linha principiológica que o integraria de ali e para o futuro, ante a nova realidade democrática e libertária a que a população brasileira ansiara e conquistara. Ante o novo desafio, salutar seria que **sobreprincípios** e também **princípios**, chamados de “fundamentais” pela representação popular, que se reunira em Assembléia Nacional Constituinte (ou **Congressual**¹?), pudessem ser estabelecidos e adotados, como verdadeiramente o foram. E isto se deu de forma clara, expressa e contundente, a fim de que não causasse nenhuma dúvida aos intérpretes constitucionais, que, a partir daí, cuidariam da missão de dizer para o que vinham as novas normas jurídicas, fossem os doutos, iniciados na matéria, e até mesmo os do povo, posto que uma Constituição deve ser clara, sem quaisquer dificuldades no acesso a sua compreensão,

¹ Por que a expressão “**congressual**”? Pela razão de que a Assembléia Nacional Constituinte instalada para dar vida à Constituição de 1988 ocorreu de forma singular. Explica-se. O Art. 1º da EC nº. 26 à Constituição 1967, estava assim dicionada: “Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional”. Assim, todos os membros do Congresso Nacional eram, à época e a um só tempo, **legisladores constituintes** e **legisladores ordinários**, inclusive com a presença de um terço dos Senadores eleitos indiretamente, em 1978, os chamados Senadores “biônicos” – EC nº. 8, de 14.abr.1977, à CF/67 -, razão por que não havia uma Assembléia Nacional Constituinte na acepção lata do termo, mas sim imbricações de duas atividades distintas, num mesmo corpo de competências, ou seja, fazer leis infraconstitucionais à luz da Constituição que se esvairia e constituir uma nova Lei Maior. Por isto, a expressão “**congressual**”, que se adotou.

permitindo que o mais simples dos homens possa conhecê-la e interpretá-la, sem qualquer dificuldade, isto porque deve ser um documento eminentemente político e destinado a todos os que se acomodam num determinado espaço territorial e geográfico, a fim de que impere ali todas as dimensões determinadas por essa Lei Maior.

Pois bem, de volta à calha da reflexão do presente trabalho, encaminhe-se, agora, para as especulações que se pretende atacar.

A Constituição Federal é um todo movido por **sobreprincípios** e **princípios**, desde o primeiro dos seus dispositivos e até muitos outros pertencentes ao seu sistema. Por primeiro, é mister que se conceitue um e outro, posto que ambos possuem relevante importância para efeito de interpretação e para que se busque de forma concreta a importância dos mesmos no tecido constitucional.

Preliminarmente, é importante que se busque o conteúdo de significação que envolve ambas as expressões: **sobreprincípio** e **princípio**.

A primeira das expressões – sobreprincípio – é tratada por Celso Antônio Bandeira de Mello, afirmando que:

“Princípio, já averbamos alhures, é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”.²

² Curso de Direito Administrativo, 18ª ed., Malheiros Editores, São Paulo: 2005, p. 882-883.

Muito embora o referido autor faça referência à expressão **princípio**, observa-se que pelo enunciado apresentado ele vai além da significação deste termo. E isto, por uma simples razão: na sua assertiva ele registra a grandeza e o prestígio do vocábulo ao afirmar que

“[...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.

Ora, só pode ser neste âmbito o “mandamento nuclear de um sistema”, o jurídico de que se está a falar; algo em volta do que gravitam as demais disposições que formam este mesmo sistema; se é o “mandamento nuclear”, é dali que defluem todas as ordens, todos os caminhos e toda a orientação para a existência desse mesmo sistema.

Assim, pode-se entender que não importa o rótulo com que se apresenta um enunciado, o importante é a substância que ele contém e a sua essência criadora.

Destarte, percebe-se que o mencionado autor quis se referir a uma figura muito mais importante do que um simples “**princípio**”, interpretando-se este como se fosse tão só “[...] **o "início", o "ponto de origem", o "ponto de partida", a "hipótese-limite" escolhida como proposta de trabalho**”. Não! Ali, ele vai além disto. Dirige-se para um campo maior, ou seja, quer se referir a algo mais elevado e de uma outra esfera de importância que, por fim é quem sustenta todo o ordenamento: o **sobreprincípio**, pois este sobrepõe a todos os demais elementos que possam existir, inclusive sobrepõe-se aos **princípios**, estes enquanto **"início", o "ponto de origem", o "ponto de partida"**, como já anteriormente demonstrado.

Talvez resida aí a interpretação que este mesmo autor se lhe deu em afirmativa respeitada na doutrina pátria, quando afirmava peremptoriamente que:

“4. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou

inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatam-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura neles esforçada.”

Após esta assertiva, segue o seu raciocínio, estribando-se em escrito de Agustín Gordillo, para concluir:

“La norma es limite, el principio es limite y contenido. La norma dá a la ley facultad de interpretala o aplicarla em más de um sentido, y el acto administrativo la facultad de intepretar la ley em más de um sentido; **PERO EL PRINCIPIO ESTABLECE UNA DIRECCIÓN ESTIMATIVA, UM SENTIDO AXIOLÓGICO, DE VALORACIÓN, DE ESPÍRITU.**”³ (Destacou-se).

Verifica-se, por conseguinte, e em amparo ao ponto de vista aqui externado, que as **normas**, inclusive as constitucionais, **dividem-se em regras e em princípios**, cabendo afirmar que aquela – a **norma** - trata-se do gênero em análise, enquanto os dois outros elementos - **regras** e **princípios** - são as partes do todo, nada mais sendo os dois últimos do que espécies da primeira.

Esta linha de pensamento é igualmente adotada por J. J. Gomes Canotilho⁴, quando afirma que:

“1. **Normas, regras e princípios** - A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios (*Norm-Prinzip, Principles-rules, Norm und Grundsatz*). Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em substituição, se sugerir: (1) **as regras e princípios são duas espécies de normas**; (2) a distinção entre **regras** e

³ Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 18ª edição, São Paulo: 2005, pp. n.ºs. 882-883; vide, também, com a mesma assertiva: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ato Administrativo e Direito dos Administrados, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 1981, p. n.º 88;

⁴ Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina, Coimbra: 1998, p. n.º 1034.

princípios é uma distinção entre duas espécies de **normas**".
(Destacou-se).

A se aceitar a assertiva, tal como se apresenta, de “**Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer**”, poder-se-ia enveredar por um paradoxo, posto que à simples leitura e interpretação tal qual como colocado, ao se violar um princípio, na tradicional classificação, onde a **norma** divide-se em **regras** e em **princípios**, violada uma de suas partes (os **princípios**) estaria violado o todo. Logo, há de se pensar, neste ponto, que o que não se pode realmente violar é mais do que um simples **princípio**, enquanto norte ou ponto de partida, mas, sim, um **sobreprincípio**. Não se o pode afrontar, por força da carga axiológica que contém, como já afirmado, pois este reside no alto de qualquer estrutura, ou, ainda, fora mesmo dessa estrutura, como elemento informador e básico para o ordenamento jurídico, ou como assevera o mesmo autor, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao citar Agustín Gordillo: [...] pero el principio” (ou **sobreprincípio**?) “establece una dirección estimativa, um sentido axiológico, de valoración, de espíritu.”⁵.

Num primeiro passo, sabe-se que princípio significa, semanticamente, no dizer de Paulo de Barros Carvalho⁶:

“[...] **uma palavra que freqüenta com intensidade o discurso filosófico, expressando o "início", o "ponto de origem", o "ponto de partida", a "hipótese-limite" escolhida como proposta de trabalho**. Exprime também as formas de síntese com que se movimentam as meditações filosóficas ("ser, "não ser", "vir-a-ser" e "dever-ser"), além do que tem presença obrigatória ali onde qualquer teoria nutrir pretensões científicas, pois toda a ciência repousa em um ou mais axiomas (postulados). [...] **Agora, o símbolo lingüístico que mais se aproxima desse vocábulo, na ordem das significações, é "lei"**. Dizemos, por isso, que há uma lei, em **Física**, segundo a qual "o calor dilata os corpos", "os metais são bons condutores de eletricidade", "a matéria atrai a matéria na razão direta das massas e na razão inversa do quadrado das distâncias"; [...] em **Economia**, falamos

⁵ Op. Cit. p. nº. 883.

⁶ Revista de Direito Tributário, Ano 15, Jan-Mar.1991, nº. 55, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 1991, p. nº. 143.

em "lei da oferta e da procura", ao mesmo tempo em que afirmamos que a "**História** é fundamentalmente diacrônica", para ingressarmos nos domínios dos objetos culturais, onde ao lado de "leis" ou "princípios" descritivos, vamos encontrar as prescrições éticas, religiosas, morais etc., que ostentam o porte de autênticos "princípios". Como desdobramentos dessa descritividade ou prescritividade, lidamos com "princípios gerais" e "específicos", "explícitos, ou "implícitos", classificando-os como "empíricos", "lógicos", "ontológicos", "epistemológicos" e "axiológicos". Tudo isso é índice da riqueza significativa que a palavra exhibe, compelindo-nos a um esforço de elucidação para demarcar o sentido próprio que desejamos imprimir ao vocábulo, dentro de seu plano de irradiação semântica. Impõe-se uma decisão para cada caso concreto, principalmente se a proposta discursiva pretender foros de seriedade científica". (Destacou-se).

Outros autores não discrepam do ponto, como se verá a seguir.

Paulo Bonavides, na esteira doutrinária de Luís Diez Picazo, registra que:

“A idéia de princípio, [...], deriva da linguagem da geometria, ‘**onde designa as verdades primeiras**’. Logo acrescenta o mesmo jurista que exatamente por isso são ‘princípios’, ou seja, ‘porque estão ao princípio’, sendo ‘as premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geométrico*.⁷”. – Destacou-se -.

Sílvio de Macedo⁸ aponta:

“Princípio – Vocábulo oriundo do latim principium, que significa começo, origem, ponto de partida. Na linguagem científica: fundamento causa. Termo introduzido na filosofia por Anaximandro. Aristóteles enumera os vários sentidos do termo ‘princípio’, na

⁷ Curso de Direito Constitucional, 13.ª ed., Malheiros Editores, São Paulo: 2003, p. n.º. 255.

⁸ Enciclopédia Saraiva de Direito, V. 60 – precatório-princípio da irretroatividade, Saraiva S.A. – Livreiros Editores, São Paulo: 1977, p. n.ºs. 504-505

Metafísica, Liv. V, 1, 1012b 32-1013 a 19, aduzindo à enumeração antiga mais o sentido de ‘causa’.

Christian Wolff, no século XVIII, define o princípio como aquilo ‘que contém em si a razão de alguma coisa’(Ontologia, § 866, de modo análogo ao de Aristóteles.

Kant restringe, porém, o termo ao campo gnoseológico: ‘Princípio é toda proposição geral, resultante de uma indução de experiência, que sirva de premissa maior ao silogismo’(Crítica da Razão Pura, Dialética, II, A).

Henri Poincaré conceitua o princípio como ‘uma lei empírica, subtraída ao controle da experiência, obedecendo a motivos de simples comodidade’(La valeur de la science, p. 239.

Assim o termo tem uma larga utilização no vocabulário científico, filosófico e teológico, assumindo as diversas conotações dentre as acima citadas pelos grandes autores. A utilização do termo na linguagem jurídica não oferece conotação diversa”.

Já, por outro norte, a expressão **sobreprincípio** (ou **metaprincípio**) é definida da forma que se segue no cotejamento apresentado entre este e a expressão **princípio** por parte de Paulo de Barros Carvalho⁹. Registra ele, então:

“8. "**Princípios**" e "**sobreprincípios**" - 'princípios' que operam para a realização de outros "princípios" superiores na escala hierárquica Coluquemos entre parênteses as corriqueiras dissensões ideológicas que separam os juristas em múltiplas direções e meditemos na organização de um conjunto qualquer de valores jurídicos. Há "**princípios**" e "**sobreprincípios**", isto é, **normas jurídicas que portam valores importantes e outras que aparecem pela conjunção das primeiras**. Vejamos logo um exemplo: a isonomia das pessoas políticas de Direito Constitucional interno tem importante repercussão no setor das imposições tributárias. Não há, contudo, formulação expressa que lhe corresponda no texto do direito positivo. **Emerge pelo reconhecimento de outras normas que, tendo a dignidade de**

⁹ Op. cit. pp. n.ºs. 105-151.

princípios, pelo quantum de valor que carregam consigo, fazem dele um "sobreprincípio". Realiza-se pela atuação de outros princípios. Assim também ocorre com o primado da justiça. Agora, há um princípio que sempre estará presente, ali onde houver direito: trata-se do cânone da certeza jurídica, entendido o termo não como garantia de previsibilidade da regulação da conduta (que é uma de suas acepções), mas como algo que se situa nos fundamentos do dever-ser, ínsita que é ao domínio do deontico. Na sentença de um magistrado, que põe fim a uma controvérsia, seria absurdo figurarmos um juízo de probabilidade, em que o ato jurisdicional declarasse, como exemplifica LOURIVAL VILANOVA, que A possivelmente deve reparar o dano causado por ato ilícito seu. Não é sentenciar, diz o mestre, ou estatuir, com pretensão de validade, o certum no conflito de condutas. E, ainda que consideremos as obrigações alternativas, em que o devedor pode optar pela prestação A, B ou C, sobre uma dela há de recair, enfaticamente, sua escolha, como imperativo inafastável da certeza jurídica. Eis outro sobreprincípio, mas de feição independente, pois querendo ou não querendo o legislador, havendo ou não havendo justiça, segurança ou qualquer valor jurídico que se colha para a experiência, as normas do sistema hão de consagrá-lo, para poder aspirar ao sentido deontico. Regra do direito que não discipline comportamentos intersubjetivos com observância do princípio da certeza expressará um sem-sentido na linguagem do dever-ser. **Torna-se evidente que a certeza jurídica é também um sobreprincípio**, mas dotado de aspectos lógicos peculiares, que lhe atribuem preeminência sintática com relação a todos os demais. O campo de irradiação semântica da locução certeza jurídica, todavia, abriga também o sentido, como dissemos, de possibilidade de previsão, pelos destinatários da mensagem normativa, do modo como se dará a regulação da conduta. Dito de outra forma, a confiança de que, acontecidos certos eventos que a norma tipifica, os direitos e deveres prescritos estavam adremente conhecidos, uma vez que as regras jurídicas repartem os comportamentos entre as três regiões materiais (permitido, proibido e obrigatório) e, ao fazê-lo, canaliza as condutas

na direção de determinados valores. Essa proporção de sentido, mesmo que cabível como fonte de indagação, como autêntico valor do ordenamento, tem sempre a relatividade própria das questões ideológicas. Com efeito, que se pode prever se o fato X vai ou não ensejar a prestação jurídica P é alguma coisa perfeitamente admissível onde houver um pingo de racionalidade no sistema considerado. Entretanto, saber, antecipadamente, como vão comportar-se os sujeitos da relação, no que tange ao cumprimento do dever jurídico ou com que intensidade o titular do direito subjetivo público vai exigir ou não o conteúdo da prestação, é assunto bem diferente. Dependerá da maneira pela qual a comunidade jurídica estiver utilizando seus signos, variação que depende de uma série de fatores extralingüísticos e circunstanciais, que ninguém pode prever com rigor. Estamos, aliás, na dimensão pragmática da linguagem do direito, caracterizada por forte oscilação de tendências e intensa variação de expectativas, responsável direta por mutações semânticas e sintáticas no conjunto dos signos”. (Destacou-se).

Vê-se, por conseguinte, que **sobreprincípio** e **princípio** são expressões de significações distintas. A primeira coloca-se acima do próprio ordenamento jurídico, com ele não se misturando, nem nele estando incluído, tão só orientando este mesmo ordenamento jurídico, com relação à carga axiológica que, ele, sobreprincípio, em si mesmo carrega, residindo, pois, na tessitura legal de forma implícita, cabendo, portanto, ao intérprete buscar o seu significado e o valor da norma posta; a segunda das expressões aparece, inclusive, no próprio tecido constitucional, é uma norma positivada, como, por exemplo, as expressões que contém o Texto Constitucional, quando alude aos princípios da legalidade, moralidade, eficiência, contraditório etc., aparecendo, portanto, de forma explícita.

Vencidas as premissas que se levantaram, verifique-se, de ora em diante, o objeto da presente reflexão, que trata do princípio da “livre iniciativa”, como fundamento constitucional para a existência do Estado Democrático de Direito e da República Federativa do Brasil.

Neste caminho, pois, a Lei Maior diciona no seu Art. 1º o que se segue:

“Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Observa-se, então, que o referido dispositivo elegeu situações de relevância para a sociedade brasileira, retratando, evidentemente, os objetivos escolhidos pelos legisladores constituintes como de grande importância para a nacionalidade.

Assim é que, como companhia à figura da “soberania”, indispensável e necessária para um Estado que deve preservar a sua autodeterminação, aparecem, em seguida, o respeito à pessoa humana corporificado no exercício da “cidadania” e da própria dignidade dessa mesma pessoa; a seguir, registram-se outras características que devem merecer a atenção e o respeito desse mesmo Estado, quais sejam: “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” e o “pluralismo político”.

Denota-se, de pronto, que todas estas situações legisladas são verdadeiros fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado que se quis Democrático de Direito; não são apenas pontos figurativos, mas, sim, importantes sustentáculos do novo Estado eleito pela brasilidade.

Figurativamente, poder-se-ia afirmar que os cinco incisos que compõem o “caput” do Art. 1º da Constituição Republicana são verdadeiros pilares onde se assentam a própria República e o novo Estado, agora Democrático de Direito. Desrespeitado um só deles, qualquer que seja, independentemente de sua carga axiológica, colocar-se-á em risco a própria existência do Estado mesmo e até a sua forma de governo republicano, deitando-os por terra, de forma inapelável.

Aí estão personalizados pelos cinco incisos aquilo que pode ser chamado de mais representativo para a nação brasileira. Verifique-se que cada um, e todos eles, envolvem e

protegem a pessoa humana, seja nacional ou estrangeiro residente no País, bem assim o desenvolvimento e o exercício das suas atividades de cunho político, econômico e social, em benefício de toda a sociedade nacional.

O Brasil vive, todos o sabem, de forma intensa um sistema capitalista, onde as forças do mercado ditam as regras, posto que a atual Constituição Federal tem características privatísticas, haja vista os ditames, sobretudo, da “livre concorrência”, que se localizam no Título VII, da “Ordem Econômica e Financeira”, a partir do Art. 170 e até o 192.

É verdade, por outro lado, em existindo o exercício de uma economia liberal, nem por isto o Estado brasileiro permite que a palmeira vergue ao sabor do vento, pois é de sua obrigação colocar marcos e limites para que se evite a selvageria de um capitalismo sem ordem e sem freios, pois um dos princípios fundamentais já elencados, o da “dignidade da pessoa humana”, merece ser respeitado porque, a final, o que deve imperar é o bem-estar da coletividade mesma.

Nesta trilha, pois, a “livre iniciativa” deve ser desenvolvida como uma regra principiológica, para que o homem possa ser criativo e oferecer a sua inteligência e o seu talento em benefício da coletividade com a qual convive, trabalhando, sempre, envolvido não só com os aspectos financeiros e econômicos de suas empresas, mas, sim, que estas possam devolver a essa mesma sociedade, por conta dos lucros amealhados e por meio do pagamento de tributos, os quais deverão retornar como oferta de serviços públicos por meio de políticas governamentais próprias e adequadas em benefício de todos, tudo, porém, sem excessos ou abusos.

Celso Ribeiro Bastos¹⁰ em importantes linhas, ao tratar da “livre iniciativa” deixou marcado que:

“A indústria e o comércio¹¹ fundados no capital, que é um bem artificial, demonstraram que pode haver lucro indefinido. É dizer, pode haver a geração de lucros, formação de capitais de natureza indefinida

¹⁰ Curso de Direito Econômico, Celso Bastos Editor, São Paulo: 2003, p. nº. 116.

¹¹ Ajunte-se aqui, por importante, a atividade econômica da prestação de serviços, que é um dos pilares da própria Economia.

e, conseqüentemente, a criação de capitais sem ser por meio de subtração do capital de outrem.

[...]

Portanto, a livre iniciativa é uma expressão fundamental da concepção liberal do homem, que coloca como centro a individualidade de cada um. Para o liberal a livre iniciativa é necessária para a sua própria expansão existencial, para a sua dignidade enquanto homem, porque cabe-lhe imprimir um destino a sua vida, uma escolha, ou seja, a expressão da sua capacidade. Isso tudo só é conseguido através(sic) da liberdade que se reserva a cada um para poder exercer a atividade econômica”.

E não mais, como apregoava a Teoria dos Jogos, onde o lucro de um era o prejuízo do outro, que se denominava “**jogo de soma zero**”, posto que, no fim, restaria a mesma quantidade: “**o que um tem foi subtraído de outro**”.

Nesta linha de raciocínio, verifica-se que o princípio fundamental da “livre iniciativa” deriva de um **sobreprincípio** dos mais importantes que se localiza no Estado Democrático de Direito: o da liberdade.

Miguel Reale, citado por Lafayette Josué Petter¹², tratando do tema da “livre iniciativa” e da liberdade individual, preleciona:

“(…) não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos arts. 1º e 170”.

¹² Princípios Constitucionais da Ordem Econômica. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2005, p. nº. 161.

Nesta citação, verifica-se a importância do tecido constitucional urdindo um sistema harmônico, pois entrelaça o Art. 1º, onde se localiza topograficamente o princípio de que aqui se trata – o da “livre iniciativa” -, bem como apresenta um outro dispositivo, o Art. 170, “caput”, o qual ao apontar os princípios gerais da atividade econômica ressalta mais uma vez a presença da “livre iniciativa”, assim registrando: “Art. 170 - A ordem econômica, **fundada na valorização** do trabalho humano **e na livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:”.

(Destacou-se).

Em reforço à tese do exercício da “livre iniciativa”, verifique-se, ainda, que no próprio corpo da Lei Maior - Art. 5º, XIII, a pessoa humana se vê consagrada para o exercício da citada atividade, pois aponta o dispositivo que “**é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer**”. Pois bem, claro está que se a “livre iniciativa” é faculdade deontica, a permitir que a brasilidade, por meio dos componentes de sua sociedade possa exercer “**...qualquer trabalho, ofício ou profissão...**”; isto se dará por conta da prescrição do inciso IV, do Art. 1º¹³, do Texto Constitucional. Assim, qualquer do povo, não só de forma societária, mas também individualmente, poderá escolher o caminho que queira para dar azo a sua imaginação, a sua indústria, ao seu talento e a sua criatividade, bastando, tão só, atender “[...] **as qualificações profissionais que a lei estabelecer**”. Verifica-se, por conseguinte, na esteira dos ensinamentos de José Afonso da Silva¹⁴, que se trata de uma norma de eficácia limitada, tendo em conta que “[...] **o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão** [...]” só se realizará de forma concreta desde que se observem os interesses sociais e as qualificações legais, por meio de normas integradoras à imposição constitucional, para que tais labores possam ser exercitados na sua plenitude. Sempre, e num só tom, buscando resguardar o que seja da maior importância para a sociedade brasileira, sobretudo no âmbito social.

Como se vê, tanto um - Art. 1º, IV - quanto os outros – Art. 5º, XIII e Art. 170, “caput” – do Texto Constitucional reforçam a presença do referido princípio como normas

¹³ “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; **IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**; V - o pluralismo político”. (Destacou-se).

¹⁴ Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 3ª edição, Malheiros Editores, São Paulo: 1998, pp. n.ºs. 86-87.

criadas dentro de um sistema coerente, que consagra e disciplina o primado da “livre iniciativa”.

Todavia, registre-se, por outro fuso, que o Art. 1º, IV, quando trata da “livre iniciativa”, está grafado da seguinte forma: “[...] - **IV os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**”. Neste passo, anota-se que a “livre iniciativa” não vem só e nem deve ser interpretada tão somente com as duas palavras que a compõem, ou seja, “livre iniciativa”. Não, pois o registro de tal dicção contém mais, posto que ele todo prescreve, como já apontado, a imbricação dos valores do trabalho e do capital, para que eles, conjuntamente, sirvam de apoio para o progresso e as conquistas nacionais, pois assim está redigido: “**os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**”.

Nesta linha, não se pode pretender interpretá-lo de forma gramatical ou, simplesmente, literal, mas sim dentro de todo o sistema constitucional.

Se a “livre iniciativa” é verdadeiramente um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e, por conseqüência, da sua República, ajuntando-se a isto dois outros incisos, de igual forma também registrados como fundamentos - a cidadania e a dignidade da pessoa humana -, deve-se ter em conta que tal aspecto só pode ter a sua importância definitiva desde que se ajunte na interpretação que se quer fazer a existência de algo em benefício da sociedade brasileira.

Isto posto, se o referido inciso soma as atividades do labor humano e do capital financeiro empresarial, é assim, então, que o mesmo deve ser interpretado.

Esclareça-se que a primeira parte do dispositivo determina que o fundamento prescrito pelo Texto Constitucional deva ser voltado para “**os valores sociais do trabalho** [...]”. Logo, se assim é, não se pode buscar o conteúdo interpretativo da segunda parte da referida locução tão somente com a expressão: “[...] **da livre iniciativa**”, mas sim agregar a ela uma outra força axiológica, ou seja, também os seus “**os valores sociais**”.

Então, é importante que se quede registrado, se o trabalho tem conteúdo de valor social, da mesma forma isto se espraia, igualmente, para a “livre iniciativa”, que deverá ser interpretada face aos primados constitucionais, como “**(os valores sociais)** da livre iniciativa”.

Por isto, a “livre iniciativa” só poderá ser livre desde que as suas atividades e os seus objetivos voltem-se para “**a cidadania**” e contemple e respeite “**a dignidade da pessoa humana**”, estas duas últimas expressões, como já afirmado, também fundamentos do Estado Democrático de Direito e da República Federativa do Brasil.

Por tal óptica, quando o exercício da “livre iniciativa” se dá, em respeito aos seus valores sociais, perfeitamente detectáveis, é que a referida norma constitucional é de aplicabilidade imediata, obrigando a que o Estado tenha o condão de uma prestação negativa, ou, ainda, um *non facere*, não podendo agir de forma a impossibilitar a ação do particular no referido campo. Em caso contrário, quando este mesmo particular, à guisa de exercitar a referida atividade permitida pelo Texto Constitucional, o faz de forma contrária aos bons costumes, aos valores censurados pela própria sociedade, onde, além disto, por exemplo, haja prejuízo à “livre concorrência”, este também princípio da “ordem econômica e financeira”, o próprio Estado, aí, ao contrário, obriga-se a um *facere*, posto que ele deve deter, ou se não os deter, deve providenciar os meios legais e as ferramentas administrativas para coibir os excessos e os abusos dos donos do capital, desde que estes o façam em detrimento da sua própria sociedade.

O Estado, frise-se, neste ponto, é um meio para atingimento do bem-comum e nunca o fim em si mesmo e nem deve descurar dos propósitos de uma atitude social sadia e saudável, que, em última instância, é da sua obrigação. No caso do Estado brasileiro, sabe-se que as instituições e as normas aí estão para o citado fim, como, por exemplo, no caso de monopólios, cartéis e ferimento dos bons costumes, bem assim a afronta ao princípio constitucional da “livre concorrência”; neste último caso, não será demais recordar a presença do CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, bem assim das Agências Reguladoras que atuam no âmbito do poder executivo federal.

Mesmo registrando, como já se o fez anteriormente, que a “livre iniciativa” deriva de um sobreprincípio, que é absoluto - **a liberdade** -, aponte-se que quando esta conflita com o

interesse público, ela se faz relativa, pelos valores em contraponto encontrados nos casos concretos. O que importa, pois, no ponto, é o respeito aos interesses da sociedade como um todo; em outras palavras, trata-se do princípio implícito que envolve a Administração Pública quando da sua relação com o particular: “**a supremacia do interesse público sobre o privado**”, no sempre atual ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵. Eros Roberto Grau¹⁶ também deixou este pensamento muito bem afirmado, quando asseverou com firmeza:

“Isso significa que a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, **como expressão individualista**, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso”. *Mutatis mutandis...*, (Destacou-se).

Vencidos os caminhos das reflexões que se pretendia concretizar, e à luz de tudo quanto se colocou, pode-se, agora, concluir que:

1. é mister que a doutrina brasileira busque tratar de certas terminologias no âmbito da interpretação do direito constitucional, que ainda não estão efetivamente cuidadas, ou, se o estão, vêm aceitando os paradigmas que têm atravessado os anos; alistem-se aqui, por conseqüência, expressões que se atacaram no texto, tais como **poder constituinte originário**, **poder constituinte derivado** etc.;
2. para a criação de uma nova forma de Estado, não há de falar em “poder constituinte”, mas sim, “poder instituinte”, tendo em conta que ele aparece anteriormente ao próprio Texto Constitucional, pois este é o instrumento de viabilização e de operacionalização daquele;
3. a Constituição Federal contém um sem número de princípios legislados, que claramente aparecem no seu texto, facilitando a que o intérprete o conheça por inteiro sem muita dificuldade, pois ali estão de forma expressa;

¹⁵ Curso de Direito Administrativo, 18ª edição, Malheiros Editores, São Paulo: 2005, p. n.º. 60 e seguintes.

¹⁶ A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica), 10ª edição, Malheiros Editores, São Paulo: 2005, p. n.º. 200.

4. há outros princípios que permeiam o Texto, carecendo que o intérprete, para conhecê-los e aplicá-los, debruce-se sobre o sistema constitucional para medi-los axiológicamente;
5. há, igualmente, outros valores que se sobrepõem ao próprio Texto Constitucional e que são de grande valia para a interpretação das dicções apresentadas; são os “**sobreprincípios**” e/ou “**metaprincípios**” que trazem a verdadeira carga axiológica sobre as normas da Constituição Federal, dentre eles, como já registrados, por exemplo, aponte-se a Liberdade, a Democracia, a República etc.;
6. a “livre iniciativa”, em sendo, ao lado dos “valores sociais do trabalho”, um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito deste País e da sua República Federativa, em sendo afrontada fará ruir toda a estrutura desse mesmo Estado, sendo, pois, inconstitucional qualquer situação que a desrespeite ante um caso concreto;
7. por outro prisma, há de ser lembrado que a “livre iniciativa” não se subsiste tão só na interpretação dessa simples locução. Ela necessita trazer ínsita na sua formação um valor social, pois só assim ela se dará e aparecerá na sua plenitude, tal como aparece com relação ao trabalho, pois este tem a coroa-lo os seus “valores sociais”;
8. vê-se, assim, que o princípio fundamental da “livre iniciativa” é destinado ao bem-estar do homem; deve ser anteparo para o exercício tanto da “dignidade da pessoa humana” quanto da “cidadania”, estes, também, princípios fundamentais de que falam os incisos do Art. 1º da Constituição Federal;
9. por fim, a “livre iniciativa”, no seu exercício, na sua operação e na sua aplicação deve respeitar os ditâmes de uma resposta social, tanto nos seus aspectos mercantis, bem como naqueles de conteúdo de ordem moral; nunca

o lucro tão só pelo lucro, mas sim que a mesma cumpra, por outro fuso, uma função social;

10. o Estado, enquanto meio colocado à disposição da sociedade, e não um fim em si mesmo(e para si mesmo) deve estar atento, com toda a sua estrutura, a fim de que possa fiscalizar intensamente qualquer desvio por parte daqueles que se dedicam a usufruir da “livre iniciativa”, desde que esta desborde de suas práticas mercantis honestas e corretas sob o ponto de vista social e dos bons costumes.

BIBLIOGRAFIA:

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ato Administrativo e Direito dos Administrados, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 1981.

_____. Curso de Direito Administrativo, 18.^a ed., Malheiros Editores, São Paulo: 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Econômico, Celso Bastos Editor, São Paulo: 2003.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 13.^a ed., Malheiros Editores, São Paulo: 2003.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. Métodos para Resolução do Conflito entre Direitos Fundamentais, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina, Coimbra: 1998.

Constituição da República Federativa do Brasil, 35.^a edição, Editora Saraiva, São Paulo: 2005.

Enciclopédia Saraiva de Direito, V. 60 – precatório-princípio da irretroatividade, Saraiva S.A. – Livreiros Editores, São Paulo: 1977.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico, 5.^a edição, Editora Forense, Rio de Janeiro: 2004.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica), 10.^a edição, Malheiros Editores, São Paulo: 2005.

PETTER, Lafayette Josué. Princípios Constitucionais da Ordem Econômica. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2005.

Revista de Direito Tributário, Ano 15, Jan-Mar.1991, nº 55, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 1991.

SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 3ª edição, Malheiros Editores, São Paulo: 1998.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras Linhas de Direito Econômico, 5ª edição, LTR, São Paulo: 2003.

